

叶 青 顾肖荣 主编

经济刑法

Economic Criminology

15

孙国祥

经济刑法的犯罪化趋势和思考

刘 远

金融刑法解释中的司法逻辑问题

王喜娟

办理财产犯罪案容易产生分歧的问题及类型分析

李 睿

自由贸易视野下的反洗钱问题研究

肖晚祥

利用未公开信息交易罪司法认定中的证据和法律问题
——以李某利用未公开信息交易案为例



上海社会科学院出版社

经济刑法

Economic Criminology

15

叶 青 顾肖荣 主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法. 15/叶青、顾肖荣主编. —上海: 上海社会科学院出版社, 2015

ISBN 978-7-5520-0783-1

I. ①经... II. ①顾... III. ①经济—刑事犯罪—文集
IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 025525 号

经济刑法(第十五辑)

主 编: 叶 青 顾肖荣

责任编辑: 周 河

封面设计: 黄婧昉

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

排 版: 南京展望文化发展有限公司

印 刷: 凤凰数码印务有限公司

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 34.5

插 页: 2

字 数: 600 千字

版 次: 2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0783-1/D·314

定价: 88.00 元

版权所有 翻印必究

卷 首 语

又是一年花开时,《经济刑法》迎来了第15辑的出版。

2014年10月28日上海社会科学院法学研究所欧洲刑事法研究中心举办了一次“中国—欧盟经济刑法国际研讨会”。这次研讨会主要聚焦在欧洲转型国家和我国经济刑法的比较研究上,也是法学研究所刑事法学创新学科建设开局之年的一次规模较大的国际研讨会。这次研讨会旨在打通创新学科研究的新路径,找准创新学科建设的新内容,因此,研讨会召开前半年,编委会决定面向全国刑法学界的同仁征稿、约稿,并同时委托欧洲刑事法研究中心的外方主任伊斯特万博士向国外专家学者约稿,到研讨会召开之日共收到论文60多篇。整个研讨会围绕“经济刑法总论研究”、“财产犯罪研究”和“金融犯罪研究”三个专题展开。本期经济刑法的论文即以这三个专题下的征文为主要组成部分,另外一个专题是“经济刑法专题研究”,这个专题一直是本刊的保留栏目。

“经济刑法总论研究”专栏下集中讨论了经济刑法的立法问题,司法逻辑问题,法益、经济秩序与经济刑法正当性的体系思考问题以及经济犯罪的社会危害性等问题。其中,孙国祥教授的《经济刑法的犯罪化趋势和思考》一文鲜明地指出我国经济刑法犯罪化的进程有一定的现实和理论基础。在构建市场经济体制的背景下,完善法律是健全市场经济秩序的重要内容,经济刑法作为规制经济失范行为的手段,在经济体制转型中应当有自己的担当。但经济刑法大规模的、超常规的犯罪化也带来了过度之危险,犯罪化中一些罪名和罪状设置已经有过度干预之端倪,刑法万能主义的思维同样需要警惕。社会应对经济危害行为的手段应该是多元的,通过经济刑法达到维护经济秩序有效但有限,经济刑法犯罪化应秉承审慎之精神,面对经济刑法犯罪化需要时,仍应坚持必要性、谦抑性和法益侵害性等刑事立法的一般原则和政策,未来经济刑法的犯罪化是平稳而不是激进前行。刘远教授在《金融刑法解释中的司法逻辑问题》一文中指出,司法逻辑的基本表现,就是先有追诉后有辩护,而控辩博弈是法官获取案件真相和实现司法正义的基本途径。对于金融刑法司法解释中的司法逻辑问

题,刘教授从两个方面作出深入而又见地的论证:一是在金融秩序和金融自由之间校准刑事正义;二是通过共同解释在案件情境中实现刑事正义。魏昌东教授的《象征性立法与金融刑法的理性回归》一文从风险社会理论的角度探讨了经济刑法的立法问题,提出只有经济政策的成功才有经济刑法的成功,或者遏制经济犯罪的成功。据此,应当积极构建金融犯罪的多元化治理机制:一是基于金融犯罪侵害财产法益的本质属性,充分激活民事处罚与刑事处罚之关系,将民事赔偿作为金融犯罪刑事裁量的重要考量因素;二是对于处于在金融犯罪与金融违法行为之间“模糊地带”的行为给予宽松化处理,以保障市场主体之自由权利;三是加强金融系统内部预防机制的构建,强调金融组织作为市场主体的企业社会责任,强制实施企业合规计划,推动安全技术更新,提高金融体系的风险防控能力。何荣功副教授的《法益、经济秩序与经济刑法正当性的体系思考》一文在经济刑法立法问题上也表达了与前文相同的思想观点,并引经据典指出过度强调刑法对秩序的保护,存在动摇刑法根本属性的危险;过分强调刑法对特定制度和秩序的保护,可能导致刑法功能的悖离;过分强调刑法对秩序的保护,还可能将危及刑法的安定性,因此,作者认为,秩序并不具有刑法保护的当然性,保护和促进经济自由,既是我国经济刑法应当坚持的立场和理想,也是经济刑法发展的未来。

财产犯罪一直是刑法学研究的重要领域。古今中外,无论是财产犯罪的基础理论还是审判实践都不断地面临着来自社会和经济发展的挑战。尤其在当今,当法律的借鉴与融合已成为国际视野下发展和完善本国法律制度的有效路径的大背景下,研究财产犯罪的基本理论与审判实践之间相互促进的关系以及各自特质已成为这一研究领域的一道亮丽的风景。本辑“财产犯罪研究”专栏下有六篇论文专门讨论盗窃罪的理论与司法适用问题,作为一个适用性较普遍的个罪,确有常用常新之感,加之《刑法修正案(八)》对该罪的大幅度修订,盗窃罪从理论上深入研究的空间不断拓展,司法实践中遇到的问题也层出不穷。希望这组论文的安排对研究财产犯罪的同仁有所裨益。

中国(上海)自由贸易试验区的建立是中国社会 and 经济发展进程中的一次重大的变革,反映在刑法领域特别是经济刑法领域也有其独特的研究空间。“金融刑法研究”专栏下三篇有关中国(上海)自由贸易试验区背景下经济犯罪的理论研究成果,具有一定的理论前沿性。另一个热点问题是互联网金融背景下金融犯罪的探讨。本栏目下有论文专门探究互联网金融中常见涉罪问题;有论文从犯罪学的角度探讨互联网金融理财的刑法规制和防范;还有论文专门研究众筹融资的刑事法律风险及规制。值得一提的是,本栏目下有两篇专门探讨

利用未公开信息交易罪的论文,作者运用实证的方法对该罪司法适用中的证据及其他法律问题进行了深入的研究,可读性强。

当然,编者对本辑论文寥寥数笔的介绍,难免挂一漏万,我们真诚地希望您阅读本辑论文后提出宝贵的意见和建议,以期进一步提高本刊的编辑质量。同时,从创新刑事法学科建设的出发,我们也真诚地向您发出邀请,多为本刊赐稿,为刑事法学科的建设、为经济刑法的发展助力。有了您的支持和点赞,我们有理由相信《经济刑法》一定会越走越远。

《经济刑法》编辑部

2015年3月



目录

CONTENTS

第十五辑

001 卷首语

总论研究

- | | | |
|-----|--------------------------------------|---------|
| 003 | 经济刑法的犯罪化趋势和思考 | 孙国祥 |
| 021 | 金融刑法解释中的司法逻辑问题 | 刘 远 |
| 036 | 象征性立法与金融刑法的理性回归 | 魏昌东 |
| 047 | 法益、经济秩序与经济刑法正当性的体系思考 | 何荣功 |
| 067 | 经济犯罪社会危害性根据研究
——基于英美经济刑法视角的考察 | 钱小平 |
| 082 | 金融创新视野下刑法的进退选择 | 林清红 李振林 |
| 094 | 市场经济条件下未经许可的经营行为入罪研究 | 王 潮 |
| 104 | 宽严相济政策视野下的金融犯罪立法问题 | 潘 莉 |
| 110 | 经济全球化与中国知识产权刑事保护 | 陈建伟 熊理思 |
| 120 | 当前农村基层组织人员腐败犯罪问题研究 | 王春丽 |
| 130 | 国外经济犯罪刑法应对的新动向
——中国—欧盟经济刑法国际研讨会综述 | 陈 玲 |

财产犯罪研究

- | | | |
|-----|-----------------------|---------|
| 141 | 办理财产犯罪案容易产生分歧的问题及类型分析 | 王喜娟 |
| 150 | 扒窃型盗窃犯罪司法认定中的几个问题 | 曹 坚 杜文俊 |

- | | | | |
|-----|---|-----|------------|
| 159 | 入户盗窃若干问题分析 | 严忠华 | 江 学 |
| 171 | 盗窃财产性利益之否定
——与黎宏教授商榷 | 姚万勤 | 陈 鹤
曹竹青 |
| 195 | 论携带凶器盗窃 | | |
| 205 | 检察机关参与违法所得没收程序探讨 | 项 谷 | 姜 伟 |
| 220 | 论虚拟财产的财产属性
——基于现有学说的整理与分析 | | 王欣元 |
| 241 | 网络游戏虚拟财产盗窃问题研究 | | 姜 琦 |
| 248 | 房产诈骗类犯罪的实证考察及防治对策 | | 梁春程 |
| 255 | 劳教废止后盗窃罪法律规制及适用难点研究 | | 苏牧青 |
| 263 | “无冕之王”的刑法困境
——利用或者冒充新闻工作者身份进行敲诈勒索之刑法评议 | 张一献 | 翟 浩 |

金融犯罪研究

- | | | | |
|-----|---|-----|-----|
| 275 | 依法惩治金融犯罪 维护金融市场安全
——2013 年度上海法院金融刑事审判情况
上海市高级人民法院刑二庭课题组 | | |
| 284 | 依法惩治信用卡犯罪 维护银行信用卡管理秩序
——2013 年度上海法院涉信用卡犯罪刑事审判情况 | | |
| | | 陈庆安 | 蒋 萌 |
| 291 | 互联网金融中常见涉罪问题初探 | 胡春健 | 付文梅 |
| 303 | 简论互联网金融理财的刑法规制及防范 | 黄凯东 | 张建兵 |
| 317 | 众筹融资的刑事法律风险及规制 | | 陆 静 |
| 328 | 中国(上海)自由贸易试验区刑事司法问题初探
——以金融犯罪为视角 | | 冯国波 |
| 334 | 中国(上海)自由贸易试验区反洗钱机制构建 | 随鲁辉 | 刘阳春 |
| 347 | 自由贸易视域下的反洗钱问题研究 | | 李 睿 |
| 359 | 高利转贷罪司法认定若干问题研究 | | 刘 鑫 |
| 372 | 对民间高利贷以非法经营罪定性的质疑 | 王 磊 | 贾 楠 |
| 381 | 单位应成为贷款诈骗罪的犯罪主体 | 吴 波 | 刘环宇 |
| | | 刘杨东 | |

390	试论小额贷款公司不构成刑法意义上的金融机构	杜文俊	赵拥军
400	刑事法视野下第三方支付平台引发的问题及对策	许 磊	王轩之
411	内幕交易犯罪司法认定三题		罗开卷
423	利用未公开信息交易罪司法认定中的证据和法律问题 ——以李某利用未公开信息交易案为例		肖晚祥
433	利用未公开信息交易罪的证据理论与实践	苏宏峰	杜晓丽
442	违规出具金融票证罪的构成与认定	马长生	田兴洪
454	我国发票犯罪立法反思与完善		王佩芬
463	日本金融消费者的行政法保护		肖 军

经济刑法专论

477	斡旋受贿独立成罪问题探究	刘仁海	周光营
486	关于职前受贿入罪的若干思考		庄燕玉
492	医务人员收受贿赂问题初探		陆文嵩
497	危害食品安全犯罪法律适用问题探讨		许 浩
503	危害药品安全犯罪法律适用问题探讨		金 俊
512	简论我国食品安全犯罪资格刑问题		杜 磊
519	刑事诉讼简易程序适用机制的保障及完善	吴 波	孙丽婷
530	上海市身份信息犯罪的调研报告	李 鹏 韩 慧	张银丽



总论

研究

经济刑法

Economic Criminology

经济刑法的犯罪化趋势和思考

孙国祥*

1997年我国修订后的《刑法》施行以来,为因应经济改革、社会变迁对刑法调整的需求,迄今已作过9次修正和补充(一个决定和8个修正案)。从历次刑法修正内容看,经济刑法是重点,8次刑法修正案涉及《刑法》94个分则条文,其中涉及分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的修改有46个条文,接近分则条文修改总数的50%。经济刑法不但是我国刑法修改、完善中最活跃的领域,而且经济刑法的修改内容基本上是增加罪名或加重对某些犯罪的刑罚^①,从而凸显了经济刑法犯罪化、重刑化的趋势。有学者对经济刑法的这种急剧扩大规制范围的发展趋势不无担心,认为经济刑法中的犯罪化立法政策,“俨然已经成为一种政治活动,极易破坏近代来之不易的刑法原则”^②。笔者认为,部分学者的这种疑虑具有警醒意义。尽管经济刑法与传统刑法的犯罪化进程相比,有一定的特殊性,但管窥历次修正案对经济刑法修正内容,检讨其犯罪化进程中的得失,可以为未来经济刑法的发展与完善提供参考性建议。

一、1997年《刑法》施行以来经济刑法犯罪化主要内容

1997年《刑法》修订的主要内容之一是突出了对市场经济秩序的刑法保护,将改革开放以来制定的一些惩治经济犯罪的单行刑事法律吸收到刑法典中,并新增了一批经济犯罪的罪名^③。1997年《刑法》施行以来,随着市场经济体制建设的深入,经济犯罪也发生了新的变化,逐渐暴露出1997年《刑法》对经济犯罪规制仍有诸多不足和漏洞。对此,立法机关对经济刑法作了补充和修

* 孙国祥 南京大学法学院教授、博士生导师,江苏省法学会刑法学研究会会长。本文系教育部人文社会科学研究项目“经济犯罪刑事政策研究”(项目编号为11YJA820062)阶段性研究成果。

正,犯罪圈的扩张大致是通过显性的(通过直接增加罪名)和隐性的(通过原罪名中的犯罪构成要素修正)立法方式实现的。

(一) 直接增加的新罪名

历次刑法修正增加的罪名有:(1) 骗购外汇罪;(2) 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪;(3) 妨害信用卡管理罪;(4) 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪;(5) 虚假破产罪;(6) 背信损害上市公司利益罪;(7) 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪;(8) 背信运用信托财产罪;(9) 违法运用资金罪;(10) 利用未公开信息交易罪;(11) 组织、领导传销活动罪;(12) 对外国公职人员或者国际公共组织官员行贿罪;(13) 虚开发票罪;(14) 持有伪造的发票罪。

(二) 更改原 12 个罪名规制范围和罪名名称

由于规制范围的变更,原罪名已无法准确反映该犯罪的内涵与外延,结合修正案的规定,通过司法解释更改了原罪名,包括:(1)《刑法》第 143 条罪名由“生产、销售不符合卫生标准的食品罪”更名为“生产、销售不符合食品安全标准的食品罪”;(2)《刑法》第 151 条第 3 款罪名由“走私珍稀植物、珍稀植物制品罪”更名为“走私国家禁止进出口的货物、物品罪”;(3)《刑法》第 152 条第 2 款罪名由“走私固体废物罪”更名为“走私废物罪”;(4)《刑法》第 161 条罪名由“提供虚假财会报告罪”更名为“违规披露、不披露重要信息罪”;(5)《刑法》第 163 条罪名由“公司、企业人员受贿罪”更名为“非国家工作人员受贿罪”;(6)《刑法》第 164 条罪名由“对公司、企业人员行贿罪”更名为“对非国家工作人员行贿罪”;(7)《刑法》第 168 条罪名由“国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪”更名为“国有公司、企业、事业单位人员失职罪”,取消“徇私舞弊造成破产、亏损罪”;(8)《刑法》第 182 条罪名由“操纵证券、期货交易价格罪”更名为“操纵证券、期货市场罪”;(9)《刑法》第 186 条罪名由“违法向关系人发放贷款罪”更名为“违法发放贷款罪”;(10)《刑法》第 187 条罪名由“用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪”更名为“吸收客户资金不入账罪”;(11)《刑法》第 188 条罪名为“违规出具金融票证罪”,取消“非法出具金融票证罪”;(12)《刑法》第 201 条罪名由“偷税罪”更名为“逃税罪”。

(三) 对犯罪构成要素作调整,放宽了构成犯罪的条件,扩大条文的适用范围

罪名的更改建立在构成要素的调整基础上,不过,更多的犯罪在罪名没有

变更的情况下,通过构成要素的调整使规制范围得以事实上的拓展。主要表现为以下几个方面:

1. 犯罪主体范围的扩大

《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》将逃汇罪的犯罪主体由“国有公司、企业或者其他国有单位”修改扩展为“公司、企业或者其他单位”,取消了单位所有制性质的限制。《刑法修正案(四)》将原《刑法》第152条“走私废物罪”的主体由单纯的自然人主体扩大到“单位”。《刑法修正案(六)》将原《刑法》第161条“违规披露、不披露重要信息罪”的主体由单纯的“公司”扩大到“公司”和“企业”;《刑法修正案(六)》将原《刑法》第163条规定的“非国家工作人员受贿罪”的主体范围扩大到了公司、企业之外的“其他单位的工作人员”。

2. 增加具体的实行行为方式

在对实行行为作具体限定的犯罪中,通过增加实行行为的方式,扩大了法条的适用范围。1999年《刑法修正案》在《刑法》第225条“非法经营罪”中增加了一项“未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货、保险业务的”的行为。《刑法修正案(四)》将《刑法》第155条“在内海、领海运输、收购、贩卖”国家禁止或者限制进出口物品、货物的走私行为发生的场域扩大到“内海、领海、界河、界湖”。《刑法修正案(五)》在《刑法》第196条“信用卡诈骗罪”中增加了“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的”规定。《刑法修正案(六)》在《刑法》第161条“违规披露、不披露重要信息罪”中增加了“对依法应当披露的其他重要信息不按规定披露”的行为方式。《刑法修正案(六)》将原《刑法》第191条“协助将财产转换为现金或者金融票据”的洗钱行为修改为“协助将财产转换为有价证券”的行为。《刑法修正案(七)》在“非法经营罪”中增加了“非法从事资金支付结算业务的”规定。《刑法修正案(八)》在《刑法》第153条“走私普通货物、物品罪”中增加了“一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的”构成走私罪的规定。《刑法修正案(八)》在《刑法》第226条“强迫交易罪”中增加了“强迫他人参与或者退出投标、拍卖,强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产,强迫他人进入或者退出特定的经营领域”三种行为方式。

3. 犯罪对象范围的扩展

在一些以特定的行为对象作为构成要素的犯罪中,通过增加行为对象使条文适用范围随之扩大。1999年《刑法修正案》在《刑法》174条“擅自设立金融机构罪”、“伪造、变造、转让金融机构经营许可、批准文件罪”中,将“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司”增加为该罪的犯罪对象;

《刑法》第180条“内幕交易、泄露内幕信息罪”、181条“编造并传播证券、期货交易虚假信息罪”、“诱骗投资者买卖证券、期货合约罪”、182条“操纵证券、期货市场罪”中,增加了期货交易所、期货交易的内幕信息、期货交易的虚假信息、期货交易价格等。《刑法修正案(四)》将《刑法》第155条规定的“走私固体废物罪”的对象扩大到液态废物、气态废物,其罪名也因此修改为“走私废物罪”。《刑法修正案(六)》将《刑法》第164条“对非国家工作人员行贿罪”的对象扩大到“其他单位工作人员”。《刑法修正案(七)》将《刑法》第151条“走私国家禁止进出口的货物、物品罪”的对象扩大到“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品”。尤为瞩目的是,洗钱罪的对象一再扩大,如:《刑法修正案(三)》将《刑法》第191条“洗钱罪”的对象扩大到恐怖活动犯罪的违法所得及其产生的收益,《刑法修正案(六)》则将其进一步扩大至“贪污贿赂犯罪、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益”。

4. 调整犯罪数额的种类和构罪的数额标准

数额是经济犯罪的重要定量要素,数额种类的调整,将直接影响到条文的规制范围。原《刑法》第186条“违法发放贷款罪”和第187条“吸收客户资金不入账罪”以“造成较大损失”、“造成重大损失”等实害结果作为构罪条件,《刑法修正案(六)》改为发放贷款和吸收客户资金不入账“数额巨大或者造成重大损失的”作为构罪条件,即由单一的损失数额修改为“涉案数额”或者“损失数额”,从而扩大了入罪范围。《刑法修正案(八)》将《刑法》第153条“走私普通货物、物品罪”由原“具体数额犯”修改为“相对数额犯”,为日后司法根据需要调整起刑数额标准预留了空间。

5. 修正了部分犯罪的既遂形态,原结果犯、目的犯、数额犯修正为危险犯或者情节犯

犯罪既遂时间的提前,使原本司法中不处理的预备犯等毫无例外地入罪了。《刑法修正案(四)》放宽了原《刑法》第145条规定的“生产、销售不符合标准的医用器材罪”定罪标准,将原条文规定“对人体健康造成严重危害的”结果犯修改为“足以严重危害人体健康的”危险犯。原《刑法》第168条规定的“国有公司、企业人员失职罪、滥用职权罪”以主观上“徇私舞弊”为目的,1999年《刑法修正案》则将“徇私舞弊”作为从重量刑的情节,构成中不再需要“徇私舞弊”的目的;《修正案(六)》删除了《刑法》第182条“操纵证券、期货市场罪”中的“获取不正当利益或者转嫁风险”的主观要件,并对《刑法》第188条“违规出具金融票证罪”中“造成较大损失”(结果犯)修改为“情节严重”(情节犯)就可以构成。将《刑法》第161条“违规披露、不披露重要信息罪”中“严重损害股东或者其他

人利益”修改为“严重损害股东或者其他入利益,或者有其他严重情节”,删除了原《刑法》第187条“吸收客户资金不入账罪”中“以牟利为目的”以及“将资金用于非法拆借、发放贷款”的规定。《刑法修正案(八)》删除了原《刑法》第141条规定的“足以严重危害人体健康”要素,行为人只要生产、销售假药,就可以构成犯罪。由此,经济刑法的对违法行为的干预进一步提前了。

二、经济刑法犯罪化趋势的理论争议及述评

不难发现,刑法修正案或者创设经济刑法保护的新法益,或者通过刑法干预的早期化、扩大化等方式强化了原有法益的保护力度,呈现急剧犯罪化趋势。对此,学界有着截然不同的评价。

一是持否定和质疑的立场。所依据的主要理由主要有:(1)经济刑法领域广泛的犯罪化与刑法及刑事政策的发展趋势相矛盾。除罪化(非犯罪化)是现代刑法与刑事政策的重要发展趋势^④。刑法修正案不断新增罪名,“它们无不以扩大国家刑罚权力、缩小或限制公民之自由为内容。这体现了我国刑事立法仍然在工具主义的轨道上前行,国权刑法的观念仍然深深根植在立法者的脑海中,民权刑法的观念离我们仍很遥远……我国当前的任务不是实行犯罪化,而是应当推进非犯罪化”^⑤。还有学者认为,刑法在解决社会矛盾中的作用也是有限的,尤其是在经济领域,刑法不能过于前置,代替其他法规范的作用,易言之,不能动辄使用刑法。因为“从根本上说,各种经济关系与经济矛盾还是通过市场的自发调整得以解决,过分严厉的刑罚与市场经济的内在逻辑本身是矛盾的”^⑥。(2)广泛的犯罪化与罪刑法定原则相矛盾。如有学者指出,“在我国,兜底条款和盖然性条款的广泛采用是刑法分则性条款的重要特征之一,这使得刑法的明确性大打折扣;实践中,在犯罪构成符合性判断上的主观化色彩依然盛行,有罪推定现象较为普遍”^⑦,从而与罪刑法定原则相矛盾。从应然的层面,应停止经济刑法的犯罪化作业,朝着非犯罪化的方向前行。(3)广泛的犯罪化违背了刑法谦抑性的原则。谦抑性是刑事立法的重要原则,尤其是经济刑法,更应坚持二次性、后盾法的秉性。而在犯罪化的进程中,一些本可以作为民事、行政法律调整的关系动用刑法,有违刑法谦抑性原则。如有学者指出,《刑法修正案(六)》增加了“骗取贷款罪”,“但贷款行为是平等民事主体之间的合同关系,如果借贷方不是出于恶意占有的目的,虽然给对方造成了损失,也只是属于民事上的债权债务关系,完全可以通过民事手段来解决,刑法无需介入民事法律可以调整的领域,以致影响正常的经济关系和经济活动。”^⑧另有学者认为:

“在刑事领域,可以考虑将以下行为进行从宽或者无罪化的处置:《刑法》第 160 条欺诈发行股票、债券罪,《刑法》第 174 条擅自设立金融机构罪,《刑法》第 176 条非法吸收公众存款罪,《刑法》第 187 条吸收客户资金不入账罪,《刑法》第 252 条非法经营罪。”^⑨由此得出的结论是,我国经济刑法明显存在着调整范围过度的现象^⑩。

二是持肯定和赞成的观点。其理由通常在实然和应然两个层面展开。从实然的角度看,经济刑法的犯罪化是社会经济发展的客观需要;从应然的层面看,本来就应加大经济刑法的犯罪化力度。如有学者指出:“对经济生活中出现的很多问题,可以多运用刑法解决。对经济生活中的不良现象,可以大幅度进行犯罪化处理,但刑罚要轻缓。经济生活中的不良行为多来自贪财动机,因而,对这种犯罪主要适用经济、资格、名誉等非生命刑和非人身自由处罚方法去惩罚,刑罚方法必须多样化。这样,在经济生活中出现的和可能出现的问题,既可以充分地利用刑法武器,又可以防止所谓的刑罚滥用。”^⑪从应然的角度分析,我国刑法目前介入社会经济生活的广度和深度都是不够的。20 世纪末,有学者就指出,现实中不存在经济刑法规范过多、适用于经济犯罪的刑罚量过大的问题,不断制定新的经济刑法规范、增设新罪名,进一步严厉打击经济领域中的犯罪,仍然是我国立法、司法部门应努力的方向^⑫。即使 1997 年新修订的刑法实施以后,仍然有学者建议,应严密我国经济犯罪的刑事法网,扩大经济犯罪的轻罪范围^⑬。

肯定说和否定说各执一端,抽象地看逻辑上似乎都能自洽。但否定说对近年来刑法修正中所呈现的“犯罪化”趋势所作的批判仅仅抽象地以刑法的谦抑性和刑法发展的整体趋势为依据,有失偏颇。犯罪化和非犯罪化并非完全是单纯的刑法理论论证。站在封闭的刑法理论立场,从一般的原则论证中获得结论,并不困难,但结论是否科学和符合经济刑法需要则令人心生疑窦。因为“犯罪是一种社会政治现实,而不是一个自然现象……只有当这个基本的事实被人们所理解,我们才可能理性地解决选择的问题,即适当运用刑事制裁的相关标准”^⑭。换句话说,“法律发展的重心不在于立法,不在于法律科学,也不在于司法判决,而在于社会本身”^⑮。犯罪化或者非犯罪化的论证,必须结合广泛的社会背景以及从时代的社会关系出发,即刑法如何回应现代社会,如何在现代社会中发挥其功能,这恐怕比固有的刑法理论更值得关注。

肯定说站在经济刑法现实规制需要的立场上,但其合理性不难证成。在笔者看来,经济刑法犯罪化的趋势至少有以下支撑性的依据:

第一,社会转型时期的特殊背景。经济的迅速发展,催生了各种新型社会